

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	YOLIMA MONTOYA PATERNINA
DEMANDADOS	CASALIMPIA S.A.
RADICADO	05005.31.05.016.2017.00085.01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Contrato Realidad – Prestaciones sociales – Indemnización por despido – e indemnizaciones moratorias.
DECISIÓN	Revoca y Confirma

Medellín, veintiuno (21) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Estudiado, discutido, y aprobado en Sala virtual.

En cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 *“Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*; y una vez surtido el traslado a las partes en los términos reglados, procede la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín a proferir sentencia ordinaria y escritural de segunda instancia al interior del proceso ordinario laboral, promovido por el señor **YOLIMA MONTOYA PATERNINA** contra la sociedad **CASALIMPIA S.A.**

La Magistrada Sustanciadora, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**, declaró abierto el acto y a continuación, después de deliberar sobre el asunto, de

lo que se dejó constancia en el **ACTA No 027**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, conocer por parte de este colegiado el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad demandada, contra la sentencia que profirió el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 04 d abril de 2019.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como hechos que la motivan indicó se indicó, en síntesis, lo siguiente: la señora YOLIMA MONTOYA PATERNINA se vinculó a la empresa demandada desde el día 23 de mayo de 2011, suscribiendo un contrato por labor u obra contratada sin que se especificara la obra o labor que determine una terminación del contrato, solo se estableció el cargo, el cuál era de supervisora con salario ascendía a la suma de \$572.000.

Manifestó que sin haberse terminado el contrato antes indicado, la empresa y la demandante suscribieron nuevo contrato por labor u obra contratada el día 02 de mayo de 2014, donde le indicaron que pasaría a ser asistente de recursos humanos, para lo cual, devengaba un salario por el valor de \$732.000 mensuales.

De la misma forma, el día 01 de noviembre de 2014, se suscribió nuevo contrato, esta vez a término indefinido conservando cargo y salario, y advierte que no se le canceló el auxilio de cesantías e intereses a las cesantías del periodo comprendido entre el 01 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2014.

Que para el 16 de noviembre de 2016, la empresa demandada dio por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral, invocándose el numeral 6 del literal A del artículo 7 y artículo 58 numeral 1 del Decreto ley 2351 de 1965, numeral 6 del artículo 62 del CST, artículo 43, numeral 1 y 10 del reglamento interno del trabajo y la de la cláusula 2 y 6 del contrato de trabajo.

Que dentro de las funciones que le correspondían a la demandante, estaban las de proveer personal supernumerario encargado de aseo en el domicilio de los clientes; que el 18 de octubre de 2016, una de las empleadas no se presentó a laborar en la IPS Coomeva, razón por la cual, para suplir esa ausencia, llamó a la señora Luz Vidalia Cardona, quien aún se encontraba en vacaciones; sin embargo, para realizar esto, la actora debía realizar un procedimiento específico, el cual no hizo por el afán de cumplir con los clientes de la empresa, situación que no era nueva por cuanto otros empleados lo realizan de forma regular, incluso supervisores.

Que las prestaciones sociales de la demandante fueron liquidadas con respecto a un salario de \$813.000, pero el realmente devengado es por el valor de \$1.013.000, montos en los cuales hay una diferencia de \$200.000, los cuales corresponden a una suma que la empresa pagaba bajo concepto de medios variables no prestacionales, pago que se efectuaba directamente a la prestación del servicio.

III. – PRETENSIONES

Con fundamento en los anteriores hechos, solicita se declare que entre ella y la sociedad CASALIMPIA S.A., existió una única relación laboral con inicios el 23 de mayo de 2011 y terminación el 16 de noviembre de 2016; que el último salario devengado fue de \$1.013.000; y que este terminó sin justa causa por parte del empleador.

En consecuencia de lo anterior, se condene a CASALIMPIA S.A., al pago de indemnización por despido injustificado; pago de prestaciones sociales (cesantías e intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones), con base al salario de \$1.013.000; indemnización por falta de pago de prestaciones sociales; cesantías dejadas de consignar (01 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2014); e intereses de mora durante la vigencia del contrato por el no pago de las cesantías y sus intereses por los meses de enero a diciembre de 2014, los días en mora a la fecha de terminación del contrato; costas y agencias en derecho.

IV. – RESPUESTA DE LA DEMANDADA

Admitida la demanda y corrido el traslado correspondiente, la demanda contestó oportunamente.

Respuesta de CASALIMPIA SA:

Su contestación obra a folios 95 y siguientes del expediente. A través de la misma, negó el carácter laboral del contrato celebrado entre las partes, y que se le adeudan los conceptos de cesantías del año 2014, y que el despido haya sido injustificado; propuso para su defensa las excepciones que denominó “inexistencia de un único contrato de trabajo entre Yolima Montoya Paternina y Sasalimpia S.A., que tendría como extremos temporales el 23 de mayo de 2011 y el 16 de noviembre de 2016, Inexistencia del Despido Injusto, la suma reclamada como salario fue excluida como tal por pacto escrito entre las partes, inexistencia de las obligaciones reclamadas, las cuales están totalmente pagadas, prescripción tanto de la acción laboral como de los derechos sustanciales, buena fe y la genérica”.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el día 04 de abril de 2019, el Juez de conocimiento DECLARÓ en aplicación del principio de la realidad sobre las formas, la existencia de una relación laboral entre el 23 de mayo de 2011 al 16 de noviembre de 2016, como un contrato a término indefinido, y que este terminó sin justa causa por parte del empleador.

Declaró que el salario variable de la demandante para el año 2016 era de \$1.013.000, dentro de los cuales se tuvo en cuenta la suma pagada de \$200.000, toda vez que era en contraprestación a sus labores dentro de la empresa CASALIMPIA S.A.

Condenó a la empresa demandada a pagarle a la señora YOLIMA MONTOYA PATERNINA, la suma de \$4.137.247 POR CONCEPTO DE

INDEMNIZACIÓN DEL ARTICULO 64 DEL CST.; la suma de \$34.566 diarios desde el 16 de noviembre de 2016 hasta el momento del pago, por concepto de indemnización de que trata el artículo 65 del CST; la suma de \$128.419 por concepto de reajuste de cesantías del año 2016; \$13.527 por concepto de reajuste de intereses a las cesantías del año 2016; la suma de \$573.513 por concepto de primas del año 2016; por concepto de vacaciones proporcional del año 2016; la suma de \$30.471 por el proporcional de vacaciones del año 2016; \$7.391.880 por indemnización moratoria del artículo 99 de la ley 50 de 1990, por el año 2014 al 14 de febrero de 2015; y las costas del proceso por el valor \$3.000.000 en favor de la demandante y a cargo de la sociedad CASALIMPIA S.A.

Como fundamento de su decisión, indicó que de la prueba testimonial se puedo establecer que la demandante acepta los contratos, que efectivamente llamó a la señora Luz Vidalia para trabajar estando aún en vacaciones, toda vez que es algo que en la empresa se ve repetitivamente, no siendo algo nuevo y que no encontró ningún apoyo ni solución distinta a llamarla para efectuar un reemplazo de personal.

Sobre el incidente, indicó el señor Derbin Rodrigo, jefe de la demandante, que cuando estaba haciendo una inspección en una IPS de Coomeva, se encontró con la señora Luz Vidalia, quien estaba trabajando sin los elementos de protección; y este también reconoció que en la empresa hacía eventualmente llamaba personas que disfrutaban de sus vacaciones para trabajar y hacer reemplazos.

Que la Señora Rosmery, testigo de la demandante dijo que ella se ofrecía para hacer ese tipo de reemplazos cuando estaba en vacaciones, y que le decían que tenía que estar disponible para hacerlos en cualquier entidad, dejando claro que la empresa sí realiza llamados a personas que están disfrutando vacaciones para para trabajar.

Dijo el A_quo que, si bien el proceso realizado por la demandante para reemplazar un empleado que faltaba a su lugar de trabajo no está dentro de sus funciones, también es cierto que la empresa había tomado esta opción o

determinación en otras oportunidades, lo que conlleva a definir que la conducta de la demandante se dio por la exigencia de la empresa para cubrir los puestos de trabajo, además de que no encontró otra manera distinta de resolver esta la falta de un empleado para cumplir el servicio de la empresa.

Considera el A_quo que no existió una justa causa para el despido, pues la demandante estuvo actuando en cumplimiento de su trabajo, sin encontrar otra alternativa para suplir la falta de un empleado, y que esto lo ha realizado y permitido antes la empresa tal y como lo indicó el mismo jefe, señor Derbin Rodrigo, quien manifestó que este llamado a laborar se ha realizado mediante un procedimiento regular, y además, la misma Rosmery indicó que la empresa realiza este tipo de cubrimientos, y dedujo que existe un desorden administrativo dentro de la empresa, por lo que la demandante solo trató de cumplir con sus obligaciones y entendió que su conducta se enmarcaba precisamente dentro de la buena fe y el mandato que como empleada le correspondía.

Que en la diligencia de descargos, se puede verificar que la señora Yolima acepta que no reportó esta situación, pero no se evidencia la ocurrencia de un error grave que de por terminado este contrato, pues fue la primera vez que realizó este acto, adicionalmente, la empresa lo ha permitido en algunos eventos. En este caso, se considera que no hay una falta grave y que el despido es sin justa causa.

Con respecto del salario, indicó el juez de primer grado que de conformidad con el artículo 128 del CST, establece que se puede hacer pactos para que no se tenga como factor salarial ciertos pagos, pero que estos pactos se pueden realizar sobre conductas o acciones que no remuneran directamente el trabajo, y por supuesto, si a una persona se la da un gasto para que se traslade de un lugar a otro, es claro que ese pago se puede eliminar de los factores salariales, sin embargo, como se observa en este caso, ese pago se hace mensualmente, y no se le exige que con ese dinero se tenga que transportar, sino que solo es un pago que se le hace mensualmente y retribuye directamente su trabajo, y se puede determinar que la demandada está bajando de esa forma los aportes a la seguridad social con base a un salario que no es real, haciendo que el pacto no sea válido, entendiéndose que ese valor efectivamente configura

salario, más aún, si la documental indica que le consignan ese valor mes a mes, demostrando u obrar de mala fe por parte del empleador.

Dijo que los contratos, si bien se suscriben como de obra o labor, no se puede evidenciar cual es la obra o labor determinada en los mismos, sino por el contrario, se observa que el empleador usa ese modo de contrato para una actividad que se desempeña de forma general y permanente dentro de su empresa, se aprecia entonces que no se usa adecuadamente, y dicha contratación es realmente un contrato laboral a término indefinido, pues no se hace posible determinar cuando realmente termina la labor, y es esta una de las características esenciales del contrato de obra o labor, que en este caso no se ajustan a la realidad. Reitera que el despido se fundamentó en una conducta que no constituye una falta grave y no fue pactada en el reglamento de trabajo como tal.

Con respecto a la liquidación de los valores adeudados, indicó que tiene en cuenta la objeción realizada en contra del dictamen pericial, por lo cual no o tiene en cuenta, razón por la que procedió a liquidar los valores adeudados conforme el documento anexo a la sentencia.

VI. APELACIÓN

La parte demandada recurrió en apelación la sentencia de primera instancia, en los siguientes términos:

“Manifiesto que la apelación se interpone sobre la totalidad de las condenas proferidas, y en cuanto a la libertad probatoria, que no existe una tarifa legal para determinar cuáles son las pruebas por las cuales se pueda acreditar la terminación de un contrato de trabajo, y en materia laboral son reducidas esas tarifas legales, por ejemplo, en el contrato de término fijo, de aprendizaje, proceso disciplinario y el acoso laboral.

En los términos del contrato de trabajo, en cuanto a cómo se documentó, se tiene que se aportaron los acuerdos realizados entre el empleador y el

trabajador, quedando establecida la terminación del contrato, la cual fue precisamente por razón de la promoción en el servicio.

El pago, éste libera de cualquier forma las obligaciones; en el caso que tenemos, se debe tener en cuenta que existió un acuerdo sobre dessalarización como lo indicó el despacho, y el mismo acuerdo fue ejecutado por la empresa hasta el momento en que se terminó la relación laboral, y solo fue hasta el momento de la sentencia, que considero el despacho que existía una mala fe del trabajador, sin embargo, se considera que ese acuerdo es totalmente válido.”

Alegatos de conclusión

Encontrándose dentro de la oportunidad procesal, la apoderada judicial de la demandante allegó escrito de alegaciones. A través del mismo, manifestó que en el presente proceso se estableció la existencia de una sola relación laboral con fecha de inicio del día 23 de mayo de 2011 y terminación del 16 de noviembre de 2016 sin justa causa.

Indicó que se pudo establecer el último salario real de la demandante por valor de \$1.037.000, donde se tienen en cuenta los \$200.000 mensuales que la empresa pactó como factor no salarial, pues la demandante los recibía como una contraprestación directa por sus servicios, y no como auxilio de transporte adicional para su desplazamiento, tal como lo indicaba la parte demandada.

Dijo que ese salario efectivamente debe tenerse en cuenta para liquidar la indemnización por despido sin justa causa, teniendo como base un contrato a término indefinido y como fecha de inicio el 23 de mayo del 2011; el reajuste de las prestaciones pagadas, las cuales fueron liquidadas sobre un salario inferior al real, y adicionalmente, la indemnización del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que efectivamente se probó la mala fe de la empresa.

En relación con el despido con justa causa o no, se pudo probar que la falta catalogada como grave por la empresa y, la cual fue constitutiva de justa causa para terminar el contrato de trabajo, era una conducta que consistía en un

procedimiento repetitivo y continuo realizado por los empleados de la empresa, así lo confirmó el testigo de la parte demandada, el señor Derbín Rodrigo Ospina, jefe de operaciones del área de Medellín, cuando manifestó que el procedimiento de llenar esas vacantes con el personal en vacaciones, era una práctica usual en la empresa. Así mismo, la testigo Rosmery Galeano, quien es empleada de la empresa demandada, al momento de rendir su declaración, reconoció que siempre que salía a vacaciones la llamaban a trabajar y que incluso ella misma se ofrecía; que le decían que debía estar disponible por si la necesitaban para hacer reemplazos.

Cuando se interrogó a la demandante, señaló que sí llamó a la señora Luz Vidalia para que prestara los servicios de aseo en la IPS Coomeva para llenar una vacante de otra empleada que no había asistido al trabajo siendo un procedimiento que se utilizaba para cumplirle a los clientes, el cual nunca fue constitutivo de falta alguna, sino por el contrario que era respaldado las directivas de la empresa.

Que el fallo de primera instancia determinó frente a este problema que un error como este no podía constituirse como falta grave, y por ende, este no es una causal para terminar el contrato de trabajo, esto, por cuanto la misma empresa lo aprobaba, y menos aún, porque no estaba establecido como falta grave en el reglamento interno de trabajo, y mucho menos podría ser motivo de despido.

Dijo que en lo atinente al salario devengado, resultó probado mediante los extractos bancarios y los comprobantes de pago allegados al proceso que la actora percibía la suma de \$200.000 mensuales, consignados a la cuenta de nómina del Banco Davivienda de manera conjunta con el resto del salario., y si bien es cierto que el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo permite pactar pagos no salariales en los contratos de trabajo, también lo es que cuando se prueba que el trabajador los recibe como una contraprestación directa de sus servicios, estos pagos constituyen salario, y para este caso, la parte demandada no logró probar que existieran efectivamente unos desplazamientos en las funciones de la demandante, dejando sin justificación alguna lo pactado y deja la

conclusión de que se disfracó esa suma de dinero con la finalidad de disminuir el pago en los aportes a la seguridad social y en las prestaciones sociales.

Que los contratos suscritos de manera sucesiva por labor u obra contratada no correspondían a la realidad del cargo de supervisora que desempeñaba la demandante, lo cual implicaba un servicio permanente de su actividad que no estaba sometida a una labor específica ni a un tiempo determinado como lo exige el contrato por labor u obra contratada.

Que se puede verificar el actuar de mala fe por parte de la empresa al usar una formalidad indebida de contrato de trabajo como se puede verificar a folios 11 al 23, los cuales hacen referencia a tres contratos celebrados entre las partes donde no hubo diferencias ostensibles, y las supuestas desvinculaciones o reenganches se produjeron seguidamente del momento tiempo de la terminación de un contrato y el inicio del siguiente, es decir, dos días después.

Que el Juez de primera instancia dio por configurado un solo vínculo laboral y destacó el obrar mal intencionado por parte de la empresa al disfracar el salario realmente devengado por la demandante, configurándose una mala fe por parte de esta, conllevando la condena a la sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, teniendo en cuenta un salario de \$1037.000 a razón de \$34.566 pesos diarios. Además de la sanción por no pago de cesantías entre el 14 de febrero de 2014 hasta el 16 de noviembre de 2016 (art. 99 Ley 50 de 1990). Por todo lo anterior, solicita se confirme el fallo de primera instancia.

Por su parte, la sociedad CASALIMPIA S.A. presentó alegatos de conclusión manifestando que en cuanto a que se configuró el despido injusto el día 16 de noviembre de 2016 de la señora Yolima Montoya, el juzgado erró, pues la demandante reconoció que incurrió en la falta que daba lugar a la terminación del contrato, la cual fue no haber seguido el procedimiento para cubrir las faltantes de personal por el afán de cumplir a sus clientes, admitiendo haber citado a la señora LUZ VIDALIA CARDONA, para realizar un reemplazo en la IPS COOMEVA, a sabiendas de que esta estaba en vacaciones; expuso que por temor a que la echaran del trabajo la llamó y que el jefe inmediato le dijo que hiciera lo que tuviera que hacer y al preguntársele si ella tenía facultades

para interrumpir las vacaciones del personal, se limitó a evadir la pregunta y referirse a que los supervisores no le informaban cual era el personal en vacaciones.

Dijo que el señor Derbin Rodrigo Ospina Cortés, citado como testigo de la parte demandada, expresó, en su calidad de Jefe de Operaciones de Casalimpia para la fecha de su declaración, confirmó que la demandante manejaba los supernumerarios, y su función era el envío de trabajadores para reemplazar a quienes estuvieran en vacaciones, incapacidades o ausencias, que la demandante tenía relación directa con él, pero que no era jefe de la demandante y que en su momento la jefe directa de la demandante era la señora ANGELICA MUÑOZ, y que un día estaba en la sede de la IPS COOMEVA del Parque de Bolívar y encontró a una trabajadora sin elementos de protección personal, con aretes largos, reloj, que al preguntarle, le respondió que estaba en vacaciones y la llamaron a trabajar, por lo que le buscó elementos para dotarla y protegerla, que se dirigió a la directora regional para informarle que era demasiado grave que una persona en vacaciones estuviera laborando y más grave aun laborando en la IPS sin elementos de protección pues en ese lugar hay riesgos biológicos.

Que existe un procedimiento establecido para reactivar los trabajadores que se encuentran disfrutando de sus vacaciones, y que la demandante no lo siguió, esto es, solicitar permiso al Ministerio de protección social, ARL y parafiscales.

Que el juez señaló “o sea que esa conducta si existe en la empresa, sino que hay que seguir el conducto regular (..) en este caso no se hizo ...” (minuto 52.10), y en este punto Incurrir en error de apreciación de estas pruebas y solo valorar como cierto lo afirmado por la trabajadora demandante, pues su interés está precisamente fundado en que prospere la pretensión, pero el señor Derbin Rodrigo Ospina Cortés, en su calidad de Jefe de Operaciones de Casalimpia, expresó con claridad que sí existía un procedimiento regular para que trabajadores que estaban en vacaciones fueran llamados a laborar; que la demandante omitió tramitar las autorizaciones respectivas, en los niveles jerárquicos exigidos, por una parte, y coordinar con los departamentos laborales de la empresa para interrumpir formalmente las vacaciones,

reactivar la trabajadora en los parafiscales entre ellos la ARL y que la envió a ese lugar sin las protecciones personales.

Destaca que la responsabilidad debe atribuirse directamente a la demandante y no a toda la empresa, y cuando esa situación fue detectada, se inmediato se adelantó el procedimiento disciplinario correspondiente, e indicó el señor Ospina de forma reiterativa, que la falta cometida por la señora Yolima Montoya fue gravísima.

En cuanto a que la inclusión de la suma de \$200.000 como salario, indicó que al contestar la demanda de remitió el Otro sí firmado por la trabajadora y el empleador, identificado con el número 0112014 de 11 de noviembre de 2014, donde se pactó que la trabajadora recibiría la suma de \$200.000 mensuales, suma de dinero que fue excluida como pago de carácter salarial, por cuanto no tenían la finalidad de remunerar al trabajador, sino proveerle medios de transporte variables. Indicó que el artículo 128 del Código Sustantivo de Trabajo, sustituido por el artículo 15 de la ley 50 de 1990, autoriza que ciertas sumas de dinero que reciba el trabajador en forma habitual, sean excluidas como salario, por cuanto no tienen como fin retribuir el servicio sino facilitar al trabajador la ejecución de sus labores en casos en los que el trabajador tiene responsabilidad de coordinación de otros trabajadores y deba incurrir en gastos adicionales para prestar mejor su servicio, por lo que la norma dispone como condición para la validez de este pacto que *“las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario ...”*, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-521 de 16 de noviembre de 1995, de manera que dicho pacto tiene plena validez.

Que el artículo 17 de la ley 344 de 1996 dispone que *“Por efecto de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, se entiende que los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario y los pagos por auxilio de transporte no hacen parte de la base para liquidar los aportes con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, Régimen del Subsidio Familiar y contribuciones a la seguridad social*

establecidas por la Ley 100 de 1993.”, y el juez señala que esta desregularización evidencia mala fe del empleador para no pagarle el salario real sino para excluir dicho monto de la base para liquidar prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social, pero se equivoca el despacho, porque precisamente ese pacto tiene esa finalidad, y así fue interpretado por la Corte en la referida sentencia de constitucionalidad, pero que el juez manifiesta que para que fuera válido el pacto, debe ser necesario la exigencia de usar determinados medios de transporte y probarlos, y en razón que a la demandante no se le exija tomar un transporte determinado, pero que de la lectura del documento aportado como prueba, se puede evidenciar que el pago era potestativo, es decir, el empleador podía suprimirlo o modificarlo o de re denominarlo en cualquier momento, sin que por ello se entendiera afectado ningún tipo de derecho o garantía del trabajador, y en los comprobantes de nómina de la trabajadora, se observa que en cada pago estaba detallado el período por el cual fue entregada dicha suma de dinero, misma que permaneció invariable hasta la finalización del contrato de trabajo.

En cuanto a la declaración de la existencia de un único contrato de trabajo entre el 23 de mayo de 2011 y el 16 de noviembre de 2016, argumenta el juez de primera instancia que los contratos que existieron no se ajustan a la realidad, sino que se firmaron diferentes contratos de trabajo en los cuales no se les puso un término sino que se firma un contrato de trabajo por duración de la obra o labor, pero en los contratos no se describe cuánto dura la obra o labor, determinando que se usa un contrato de trabajo de obra o labor para una actividad permanente y que el contrato debe considerarse a término indefinido, no es cierto, pues se aportaron cada uno de los contratos, indicando su naturaleza y la fecha de terminación, y la trabajadora en su interrogatorio reconoció que en efecto cada uno de los contratos fueron terminados y pagados en debida forma en razón de su promoción a otros cargos dentro de la empresa, y expresamente admitió que en su cuenta de ahorros fueron depositadas las cesantías, intereses y demás prestaciones, de esta manera, entre el 1º de enero de 2014 y el 30 de abril de 2014 en la correspondiente liquidación anexa a este escrito, por la suma de \$249.664 y los intereses causados hasta esta fecha, que fue la suma de \$9.987, sumas de dinero que fueron depositadas en la cuenta de ahorros de la trabajadora, en el Banco DAVIVIENDA, las causadas entre el 2 de mayo de 2014 y el 30 de octubre de 2014, también a la terminación

de este contrato se le pagaron las correspondientes cesantías por la suma de \$399.767 y los intereses de este segundo contrato por la suma de \$23.853, sumas de dinero que fueron depositadas en la cuenta de ahorros de la trabajadora, las cesantías causadas entre el 1º de noviembre de 2014 y el 31 de diciembre de 2014 fueron depositadas antes del 14 de febrero de 2015, en el Fondo de Cesantías PORVENIR, por la suma de \$134.000, los intereses fueron pagados en el mes de enero de 2015 según se observa en el pago correspondiente a esta mensualidad. Estas sumas de dinero fueron depositadas en la cuenta de ahorros de la trabajadora, y teniendo en cuenta que existe el pago de la prestación, reconocida por la trabajadora, no puede desconocerse la extinción de la obligación.

La terminación del contrato de trabajo está definida en el artículo 61 del estatuto laboral, y una de las cuales es el mutuo acuerdo de las partes, según el numeral b), dicho hecho se evidencia con la suscripción de un nuevo contrato de trabajo suscrito a partir del 2 de mayo de 2014, así también el depósito de las cesantías y demás prestaciones sociales en la cuenta de ahorros de la trabajadora, que corresponden al periodo laborado entre el 1º de enero de 2014 y 30 de abril de 2014, tiempo durante el cual prestaba el servicio de supervisora, situación que se puede evidenciar con la liquidación anexa a la contestación a la demanda, pagos que fueron reconocidos como efectivamente realizados en la cuenta de ahorros de la trabajadora, al aceptar en el interrogatorio de parte la validez de la liquidación realizada en su favor.

Que también suscribió un contrato entre el 2 de mayo de 2014 y el 30 de octubre de 2014, para el cargo de “asistente de recursos humanos”, y a la terminación de este contrato se le pagaron cesantías por la suma de \$399.767 y los intereses de \$23.853, así como las demás prestaciones, las cuales fueron depositadas en la cuenta de ahorros de la trabajadora, en el Banco DAVIVIENDA y que fueron reconocidos al aceptar en el interrogatorio de parte la validez de la liquidación realizada en su favor.

Que el tercer contrato de trabajo desde el 1º de noviembre de 2014, para el cargo de “asistente de recursos humanos”, ya este fue a término indefinido, donde las cesantías causadas entre el 1º de noviembre de 2014 y el 31 de

diciembre de 2014 fueron depositadas antes del 14 de febrero de 2015 en el Fondo de Cesantías PORVENIR, por la suma de \$134.000, intereses cancelados el mes de enero de 2015 según se observa en el pago correspondiente a esta mensualidad, también fueron depositadas en la cuenta de ahorros de la trabajadora, y reconocidos como efectivamente realizados, último contrato que finalizó el día 16 de noviembre de 2016 con ocasión a proceso disciplinario que se llevó a cabo en contra de la trabajadora.

Indica que hay razones suficientes para considerar que los contratos fueron sustituidos con la suscripción de los nuevos contratos, que efectivamente reemplazan los anteriores, más aún cuando mejoraban las condiciones laborales de la demandante, y por consiguiente la remuneración.

Dice que no está de acuerdo con las cesantías presuntamente adeudadas por el empleador, toda vez que el contrato suscrito entre el 23 de mayo de 2011 y el 30 de abril de 2014 y el suscrito entre el 2 de mayo de 2014 y el 31 de octubre de 2014 fueron terminados válidamente por las partes y de mutuo acuerdo, dando origen a nuevos contratos, además, que sus correspondientes liquidaciones fueron pagadas y depositadas en la cuenta de ahorros de la trabajadora.

Manifestó que algunas de estas reclamaciones se vieron afectadas por el fenómeno jurídico extintivo de derechos laborales, sin que la interposición de esta excepción implique un reconocimiento expreso o tácito de la existencia de los derechos reclamados por vía de este proceso ordinario laboral.

El juez señala que existió mala fe de la empleadora en el pago de salarios y prestaciones sociales, a lo que agrega la consideración que de mala fe se le firmaron contratos de trabajo por duración de la obra o labor por desorganización administrativa, sin embargo, es pacífica la doctrina y jurisprudencia nacional, en señalar, en la sentencia de 19 de julio de 2016, de la Sala de Casación Laboral, M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, bajo el número, SL11436-2016 Radicación n.º 45536 Acta No. 23, y en el presente caso, el empleador no fue renuente al pago de las cesantías, intereses que ahora en sede judicial se declaran en favor del trabajador, como se puede verificar en el interrogatorio de parte reconoció haber recibido cada uno de estos pagos.

VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Naturaleza jurídica de la pretensión. – Contrato Realidad – Prestaciones sociales – Indemnización por despido – e indemnizaciones moratorias.

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica, como son demanda en forma, Juez competente, capacidad para ser parte y comparecer al proceso se encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

Partiendo de la tesis jurisprudencial y legal del contrato realidad en materia laboral, se resolverá en el presente caso, estableciendo si, como lo aduce el censor, en el presente caso se acreditó un contrato de obra o labor, los derechos prestacionales e indemnizatorios de carácter laboral que le fueron reconocidos en primera instancia, o si, por el contrario, efectivamente existió un vínculo laboral.

De cara al problema jurídico planteado, cabe recordar que el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo determina los elementos que configuran el contrato de trabajo así:

- a) Actividad personal del trabajador, es decir, la realizada por sí mismo.
- b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono.
- c) Un salario. Como retribución del servicio.

En ese orden de ideas, es claro que para la existencia válida de una relación laboral contractual es necesario que concurran los tres elementos antes reseñados, sin importar la denominación que los contratantes impongan al mismo, circunstancia que tiene sustento constitucional en el artículo 53 superior

que consagra el principio de la primacía de la realidad sobre las formas; de no serlo así indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a la ley laboral.

Por su parte, el artículo 24 del C.S.T. consagra una presunción legal, según la cual *“toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*, y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal de servicios en favor de parte la demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, incumbe a esta última desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente.

Ahora, pese a la presunción legal a la que se ha hecho referencia, para la declaratoria del contrato realidad, corresponde al trabajador, además de demostrar la prestación personal del servicio, acreditar los extremos temporales, el monto del salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario y el hecho el despido, cuando éstos 2 últimos se aducen, entre otros aspectos, tal como ha reiterado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (ver, entre otras, la sentencia del 4 de noviembre de 2015, SL 16110-2015).

Respecto a los reparos que el apoderado judicial de la empresa CASALIMPIA SA le hace a la sentencia de primera instancia por haber concluido la existencia de un solo contrato de trabajo, cuando –a su juicio- existen pruebas testimoniales y documentales que acreditan que entre las partes existió un contrato de obra o labora determinada, y que fueron contratos que se suscribieron para ejercer funciones diferentes, inclusive para ascensos dentro de la misma empresa, para la Colegiatura, como se verá, le asiste razón al A quo para arribar a tal conclusión, de acuerdo a la prueba recaudada.

En efecto, ninguno de los testigos, Rosmery Galeano y Derbin Rodrigo Ospina, respectivamente arrimados al debate por la activa y por la pasiva, negaron que existiere una prestación personal del servicio durante el lapso que

tuvo en cuenta el juez primer grado, con los hitos inicial y final, del contrato de trabajo, y tampoco lo hizo la demandante en su interrogatorio.

Ello resulta consonante con la regulación de los contratos arrimados al proceso, donde no se puede observar que se hubiera efectivamente pactado una obra o labor determinada, todo lo contrario, se observa que son suscritos para ejercer cargos que dentro de la empresa son de carácter permanente, como lo es el de supervisora o asistente, y es así cómo, revisados los contratos de trabajo allegados al plenario por la demandada, se tiene: contrato por obra o labor determinada suscrito el día 23 de mayo de 2011 (fl. 112-113), para ejercer el cargo de “supervisora” estableciendo que sus funciones serían desarrolladas en cualquiera de las empresas usuarias donde se le designe de acuerdo a las instrucciones del empleador, y la ejecución de tareas encomendadas por el empleador, sin que se especifique cuál era la obra o labor determinadas; contrato de obra o labor determinada suscrito el día 02 de mayo de 2014 (fls. 116-118), donde se le indicó que ejercería el cargo de “Asistente de recursos humanos”, y se establecieron sus funciones de forma exclusiva para la empresa y que las desarrollaría en cualquier empresa usuaria de la ciudad de Medellín, conforme las instrucciones y encargos del empleador, advirtiéndose que en este contrato tampoco se le determinó una obra o labor específica con la cual se configurara una condición de terminación del mismo; y por último, el contrato a término indefinido suscrito el 01 de noviembre de 2014 (fls. 121-123), para el cargo de “Asistente”, y de la lectura del mismo, se puede verificar que sus funciones se desarrollan en cualquiera de las empresas usuarias de la ciudad de Medellín, conforme las instrucciones, y tareas asignadas por el empleador.

Nótese como en los tres contratos de trabajo brilla por su ausencia la determinación de las funciones de la señora YOLIMA MONTOYA PETERNINA, dejando estas a la discreción de su empleador.

La prueba testimonial, contrario a desvirtuar la relación laboral invocada, sin solución de continuidad y como un único contrato de trabajo a término indefinido, permitió reafirmarla. En efecto, la declaración testimonial del señor Derbin Rodrigo da a conocer cuál era la dinámica funcional en que se desempeñaba la trabajadora, el horario y la remuneración, demostrando que sus

labores eran labores con calidad de permanencia en la empresa, pues era quien dirigía los trabajadores supernumerarios que harían reemplazos, quienes disfrutaban vacaciones, incapacidades e incluso, cuando no se presentaban a trabajar. Tanto es así, que el contrato suscrito el 01 de noviembre de 2014, fue a término indefinido para el cargo de Asistente (fls. 21 a 23), demostrando con este actuar, la vocación de permanencia que tenía la labor realizada por la actora desde el inicio de su vinculación laboral.

Se tiene entonces que con respecto de la existencia de la relación laboral, la decisión de primera instancia se fundamentó en la legalidad y las pruebas que llevaron a formar el convencimiento en orden a declarar la existencia de un contrato realidad de trabajo, a término indefinido, bajo la indiscutible concurrencia de los elementos esenciales que contempla la ley laboral sustancial para esa clase de contrato.

Hasta aquí, luego de encontrar procedente **confirmar** el numeral 1º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en cuanto declararon la existencia de contrato de trabajo entre las partes, solo resta desatar los puntos consistentes en determinar si hay o no lugar a condenar a dicha empresa al pago de la indemnización por despido injusto, a partir de revisar si el vínculo feneció o no de manera injustificada, y; revisar la condena a las indemnizaciones moratorias y pago de prestaciones adeudadas, previo a establecer si el salario devengado por la actora incluía o no los \$200.000 que mensualmente recibía la actora, adicionales a su salario básico. .

Despido injustificado:

Con respecto a al despido injustificado, se tiene que los argumentos del A quo para concluir en un despido injusto apuntan indirectamente a sugerir que la terminación del contrato, habría ocurrido por causas atribuibles a la propia empresa, al haber permitido en anteriores ocasiones que se llamara a los empleados que disfrutaban de sus vacaciones para realizar reemplazos.

Por su parte, la empresa demandada indica que efectivamente se incurrió en una causa legal para el despido, invocándose en la comunicación de la

terminación del contrato de trabajo que data del 16 de noviembre de 2016, el numeral 6 del literal A del artículo 7 y artículo 58 numeral 1 del Decreto ley 2351 de 1965, numeral 6 del artículo 62 del CST, artículo 43, numeral 1 y 10 del reglamento interno del trabajo y la de la cláusula 2 y 6 del contrato de trabajo.

Invocada entonces la causal de “falta grave”, se tiene que verificadas las obligaciones establecidas en el contrato de trabajo obrante a folios 21 a 23, y al ponerlo en contraste con el reglamento de trabajo de la empresa (fls. 29 y ss), se tiene que en ninguno de estos se establece el actuar de la demandante como una falta grave a sus deberes, que configure la causal establecida en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo numeral 6, y en este entendido, al no tenerse determinadas las faltas graves por parte de la empresa en reglamentos, pactos y contratos, debe el juzgador entrar a determinar si efectivamente la causal invocada para despedir con justa causa debe aplicarse al actuar del empleado, sobre el tema de refirió la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL-39518 del 14 de agosto de 2012:

“Pues bien, sobre la hermenéutica de los citados textos normativos ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación, entre otras, en las sentencias que a continuación se memoran:

a) En la dictada el 18 de septiembre de 1973, se dijo:

“Es indudable que en el numeral 6° del aparte a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <... cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos ...>.

“En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación (...)

‘En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo...’

“El diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, edición 1970 dice que falta en su segunda acepción es: <Defecto en el obrar, quebrantamiento de la obligación de cada una> y en cuanto a la violación indicada: <Acción y efecto de violar>, y define el verbo violar como <infringir> o quebrantar una ley o precepto’.

“ Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.

“ ‘En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta ...’

b) Siguiendo esa misma línea, ha enseñado la Corte que:

“Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos,

que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal” (providencia del 19 de septiembre de 2001, radicación 15822)

c) En la sentencia del 7 de julio de 1958, el extinto Tribunal Supremo de Trabajo, razonó:

“La conexidad entre el hecho grave y los perjuicios no puede erigirse en predicado universal. Lo que es grave no siempre produce perjuicios, y en cambio lo que es leve o insignificante a veces puede producirlos. La gravedad - cuyo neto sentido etimológico es peso - y que resulta de tan difícil medida para el juzgador, suele ser, como en el caso del acuerdo 8° del art. 62 del C.S. del T., el énfasis y encarecimiento con el cual el legislador ha querido rodear los hechos generadores de efectos jurídicos: la mala conducta del trabajador como causante de la terminación del contrato, etc., sin que ello necesariamente envuelva que tal hecho (mala conducta) haya producido perjuicios al patrono. Quiere la ley que circunstancias baladíes no se erijan por las partes contratantes en causales eximentes de cumplir el contrato, ni que puedan usarse por una de ellas en su exclusiva conveniencia y como instrumentos lesivos de los intereses de la otra. Y por ello ha ocurrido a la calificación de graves, sin atender a los efectos dañosos que hayan producido. Pero en la apreciación de la gravedad o levedad es natural que deje un amplio margen el juzgador; a este respecto, lo que objetivamente puede dejar de ser grave, subjetivamente puede llegar a serlo, y viceversa. En casos como los referentes a las obligaciones y prohibiciones especiales del trabajador a que aluden los arts. 58 y 60 del C. S. del T., y su violación grave, expresada así por el ord. 8° del art. 62 ibídem, el juzgador califica, con plena libertad, pero mediante el justiprecio de las

circunstancias concurrentes, la gravedad de los hechos." (GJ. LXXXVIII, números. 2199, 2200, 2a parte, página 819).

d) También ilustra la cuestión debatida, la doctrina recibida por esta Sala de la Corte en providencia del 13 de noviembre de 1964, en la que se dispuso:

“Conviene, sin embargo, para efectos de la unificación jurisprudencial encomendada a la Corte, rectificar la tesis demasiado absoluta del ad quem respecto de la aplicación del ordinal 8º del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, y que habla de <violencia grave> o <falta grave>, y no de <culpa grave>. No es exacto que la facultad consagrada en esa norma esté condicionada al <animus nocendi> del infractor, esto es, a su intención de causar daño a la contraparte. Cumplidos los presupuestos que allí se determinan (gravedad objetiva de la violación legal o previa calificación de la gravedad de la falta en pacto, convención colectiva, fallo arbitral, contrato individual o reglamento y agotamiento del respectivo procedimiento convencional o reglamentario), puede sobrevenir lícitamente la extinción del nexo jurídico-laboral a causa de negligencia o descuido culposos y no necesariamente por dolo del inferior”.

Del análisis de la recensión jurisprudencial en precedencia, emergen consiguientemente, las siguientes conclusiones: (i) en la primera de las hipótesis estatuida en el mencionado numeral 6º de la norma bajo examen, le corresponde al juzgador evaluar la conducta del trabajador y calificarla como grave; (ii) en el segundo supuesto la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta; (iii) para que se configure la falta grave así como como la grave negligencia no se requiere que efectivamente se haya ocasionado un daño, perjuicio o beneficio para el dador del laborío, y (iv) la falta grave y la grave negligencia no se encuentra condicionada al “animus nocendi” (intención de causar daño) del trabajador.”¹

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL-39518 del 14 de agosto de 2014, Magistrado Ponente, Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Para el caso que nos ocupa, se tiene que efectivamente, de las declaraciones rendidas, tanto por la actora como del señor Derbín Rodrigo, el 18 de octubre de 2016 no se presentó a su lugar de trabajo una empleada que debía cumplir sus labores en la IPS de COOMEVA, razón por la cual, la demandante, Yolima Montoya, como coordinadora del personal supernumerario llamó a la señora Luz Vidalia para realizar este reemplazo a sabiendas de que se encontraba disfrutando de sus vacaciones, llamado que se hizo sin haber seguido los protocolos establecidos para este asunto por la empresa y así reactivar al trabajador.

Manifestó el Señor Derbín en su declaración que él mismo se encontraba en las instalaciones de esa IPS realizando una revisión del lugar, cuando se encontró con la señora Luz Vidalia y se percató de que no usaba uniforme, y elementos de protección, además de que no se había quitado sus aretes y reloj, los cuales no se podían usar en ese lugar, viendo como algo grave, que la trabajadora no se encontraba protegida contra los riesgos biológicos, a lo que de inmediato realizó el correspondiente reporte: posterior a ello, a la señora Yolima Montoya, aquí demandante, se le realizó el proceso disciplinario, mismo que dio como resultado su despido, sin embargo, este testigo aceptó que efectivamente en la empresa se han realizado reemplazos con el personal que disfruta de las vacaciones, y que en ocasiones no se ha realizado el procedimiento establecido para ello, pese a haberlo.

Se tiene que la señora Yolima indicó que no siguió el proceso de autorización para interrumpir vacaciones del personal por cuanto en ese momento se encontraba bajo presión y tomó la decisión, además que, de no hacerlo la empresa habría puesto en riesgo el contrato con COOMEVA, y que cuando le preguntó al señor Derbín Rodrigo Ospina sobre qué hacer, se le indicó, “haga lo que tenga que hacer”.

Se tiene además que la testigo Rosmery manifestó que a ella misma se la ha llamado a realizar reemplazos inclusive cuando ha estado en disfrute de sus vacaciones, que ella misma se ha ofrecido y que hasta se le ha manifestado que, pese a estar en vacaciones debe estar pendiente del teléfono para cuando la necesiten, pero dejó muy claro que nunca se le informó que habría que reactivarla

como trabajadora ante el Ministerio de Salud y Protección Social, ni mucho menos en la ARL y que de haber sabido sobre esta situación, no hubiera aceptado hacer lo reemplazos.

Visto lo anterior, y en aplicación a la sentencia antes citada, encuentra esta Sala que, por parte de la empresa no se estableció taxativamente la regulación de faltas graves, y mucho menos se calificó este actuar, es decir, no seguir los protocolos para reactivar los trabajadores que disfrutaban de sus vacaciones, como una falta grave, y en razón de esto, debía el juzgador calificar la gravedad de la misma.

Se observa a folio 149 del plenario la citación a descargos realizada por la empresa a la señora YOLIMA MONTOYA PATERNINA, en la cual se le llama por omisión al conducto regular al realizar sus funciones y error de procedimiento al realizar sus funciones, así mismo se observa a folios 150 a 154, copia de diligencia de descargos, en la cual, al preguntársele sobre sus funciones, indicó, entre otras, que debe dirigir al personal supernumerario al lugar de trabajo y verificar que tenga la dotación, y en la misma diligencia aceptó haber llamado a la señora Luz Vidalia para cubrir a una persona que no se había presentado en su lugar de trabajo, sin seguir los protocolos o directrices, ya que era la única persona que tenía a su alcance, además de la falta de apoyo de los jefes de operaciones, y que uno de ellos, el señor Rodrigo, le indicó que hiciera lo que fuera posible para que la usuaria no se quejara a Bogotá.

Y si bien la demandante en su obrar trató de cumplir con los contratos de la empleadora, en este caso con la IPS COOMEVA, no se puede pasar por alto que incumplió con obligaciones inherentes a su cargo, toda vez que no reactivó a la trabajadora mediante reporte al personal encargado y no le entregó la dotación de protección para evitar riesgos biológicos, situaciones que pusieron en riesgo no solo a la trabajadora al exponerla a posibles contagios o accidentes, sino a la empresa, la cual, en el evento en que la supernumeraria hubiese tenido un incidente, tendría que responder por perjuicios laborales con su patrimonio.

Y es que, si bien la actora lo que pretendía era cumplir con las actividades de la empresa, no dimensionó el riesgo en que puso a la trabajadora y la sociedad

demandada, y pese a que no era su intención, no puede excusarse en que lo que buscaba era el bienestar de la compañía, pues tal y como se manifiesta en la sentencia citada en líneas anteriores, no se requiere que hubiere ánimo de causar el daño, ni mucho menos haberlo causado para establecer la gravedad de la falta.

En ese sentido, considera esta Sala que, efectivamente, se configuró una falta grave por parte de la señora YOLIMA MONTOYA PATERNINA, al haber puesto en riesgo no solo a la trabajadora, sino también a la empresa demandada, esto, por no seguir el conducto regular establecido para reintegrar o reactivar los trabajadores que disfrutaban de sus vacaciones, en este caso, a la señora Luz Vidalia el 15 de octubre de 2016, lo que llevó a la terminación del contrato mediante el comunicado del 16 de noviembre de 2016 (fls. 155 a157).

Así las cosas, no hay lugar a declarar una terminación injustificada del contrato de trabajo, y por consiguiente, tampoco al reconocimiento de la indemnización de que trata el artículo 64 del CST; en consecuencia, se revocará el numeral segundo y el literal **a** del numeral cuarto de la sentencia recurrida.

Salario real devengado:

Establecida la relación laboral, y antes de verificar si hay lugar o no al reajuste de salarios y prestaciones y a las sanciones moratorias, debe este despacho determinar los valores realmente devengados por la señora YOLIMA MONTOYA PATERNINA, para lo cual, se tiene que la demandante que en contrato de trabajo obrante a folios 21 a 23, suscrito el 01 de noviembre de 2014, se estableció una remuneración salarial de \$732.000, y en Otro sí suscrito el mismo día, se pactó un supuesto pago no constitutivo de salario conforme el artículo 128 del CST, sometido a plena potestad del empleador por la suma de \$200.000, para medios de transporte variables.

De cara a este asunto, considera esta Sala que, con relación a las bonificaciones o auxilios u habituales que aduce la demandante son constitutivas de salario, es pertinente traer a colación lo establecido en los artículos 127 y 128 del CSTSS, que indican:

“ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente: Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. <Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.”

Conforme a estas premisas normativas, es menester tener en cuenta que el carácter salarial de lo percibido por el trabajador se corresponde a los emolumentos retributivos del empleo que remuneran su actividad y que se caracterizan por su periodicidad.

Ahora, como bien lo indica la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SL 1798 de 2018, M.P. Maria Clara Dueñas Quevedo, Exp 63988:

“...la facultad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no permite despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa directa es el servicio prestado, pues como lo ha sostenido esta Corporación, «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ 39475, 13 jun. 2012).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario *«todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte»*, sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es.

En el sub lite, no hay discusión alguna que la demandante recibía un auxilio denominado como *“medios de transporte variables”*, por parte de la empresa demandada y en el monto de \$200.000 mensuales, el cuál había sido otorgado mediante Otro sí suscrito el 01 de noviembre de 2014 (fl. 124), documento donde se pactó que este dinero no constituiría factor salarial, y que, por ende, no tendría incidencias prestacionales, y que fuera aceptado por la demandante en su interrogatorio cuando indicó haberlo firmado. Se advierte que la empresa demandada igualmente afirma que ese auxilio de transporte no era entregado por contraprestación del servicio ni buscaba enriquecer a la demandante, sino que solo se pretendía proveerle de medios de transporte variable.

En efecto, tal beneficio, que resalta la Sala era habitual, no puede decirse que constituyera una retribución del trabajo de la actora, sino que efectivamente y como se especificó en el referido documento, el mismo se pactó para apoyar las labores de la empleada, y más aún, siendo este potestativo del empleador para modificarlo, renombrarlo e incluso suprimirlo.

Además, siendo auxilios o beneficios otorgados en forma extralegal por el empleador, pese a que el recibido por la actora era habitual, se dispuso expresamente por las partes que no constituía salario en dinero o en especie,

como lo exige el artículo 128 del CST para que fuera considerado como no constitutivo de salario, y así se probó en el proceso, y, por tal razón, no hace parte del salario de la demandante, contrario a lo dispuesto el a quo, y por ello la actora no tiene derecho a los reajustes solicitados sobre prestaciones ni a la indemnización de que trata el artículo 65 del CST. Por tal razón, se revocarán tales condenas.

Con relación a la indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no consignar las cesantías a un fondo administrador, argumenta la recurrente que la empresa CASALIMPIA SA pagó todas las cesantías e intereses a las cesantías durante la duración de la relación laboral.

Revisadas las liquidaciones obrantes a folios 114 y 115, 119 y 120, 125 y 126; el reporte de consignación de cesantías del folio 128; los desprendibles de nómina obrantes a folios 131 para el mes de enero de 2012, 135 para el mes de enero de 2013, 139 para el mes de enero de 2014, 142 para el mes de enero de 2015, y 145 para enero de 2016, se observa que efectivamente el empleador CASALIMPIA S.A. cumplió con su obligación de cancelar el auxilio de cesantías y los intereses a las cesantías durante el término que duró la relación laboral, situación que fue aceptada por la demandante en su interrogatorio de parte, incluso, manifestando que esos dineros efectivamente entraron a su cuenta de ahorros de Davivienda.

No habiendo valores adeudados por concepto de cesantías, no hay lugar entonces al reconocimiento de la indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en consecuencia, se revocará tal punto de la sentencia objeto de alzada.

Con todo lo anterior, se declararán probadas las excepciones denominadas inexistencia del Despido Injusto, la suma reclamada como salario fue excluida como tal por pacto escrito entre las partes, inexistencia de las obligaciones reclamadas, las cuales están totalmente pagadas.

Costas procesales:

Las costas procesales en ambas instancias estarán a cargo de la parte demandante y en favor de la sociedad demandada. Agencias en derecho en segunda instancia: 1 SMLMV para 2021.

VIII. – DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISION LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los numerales segundo, tercero, cuarto, sexto y séptimo de la sentencia objeto de apelación, proferida por el Juzgado Dieciséis laboral del Circuito de Medellín el 04 de abril de 2019, y en su lugar, **ABSOLVER** a la sociedad CASALIMPIA SA, de las pretensiones de declaratoria de terminación del contrato de trabajo por despido injusto, declaratoria del salario real devengado en suma del auxilio por transporte variable, indemnización por despido injusto, pago de prestaciones adeudadas, indemnización del artículo 65 del CST y del art. 99 de la Ley 50 de 1990, incoadas en su contra por la señora YOLIMA MONTOYA PATERNINA, por resultar probadas las excepciones de inexistencia del Despido Injusto, la suma reclamada como salario fue excluida como tal por pacto escrito entre las partes, inexistencia de las obligaciones reclamadas, las cuales están totalmente pagadas, propuestas por la demandada.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primer grado en todo lo demás.


TERCERO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la señora YOLIMA MONTOYA PATERNINA y en favor de la empresa CASALIMPIA SA. Agencias

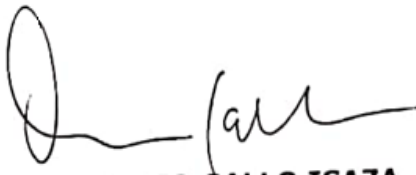
en derecho de segunda instancia por 1 SMLMV para 2021, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva.


CUARTO: En su debida oportunidad devuélvase el expediente al juzgado de origen.

QUINTO: Se ordena la notificación por estados de esta providencia, y se autoriza su reproducción virtual a las partes del proceso.

Los Magistrados:


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL
Magistrada

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL SUPERIOR
DE MEDELLÍN – SALA LABORAL - HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por estados N ° **088** del **24 de mayo de 2021**.

Consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>